

BR 2013/80

Ten onrechte geen verklaring van geen bedenkingen op grond van de Flora- en faunawet aangevraagd voor omgevingsvergunning.

Rb. Utrecht 06-09-2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1923, m.nt. A. Drahmann en F. Onrust

Instantie

Rechtbank Utrecht

Datum

6 september 2012

Magistraten

Mrs. B.J. van Ettehoven, J.M. Willems, E.C. Matiasen

Zaaknummer

SBR 12/1162

Noot

A. Drahmann en F. Onrust

LJN

BZ1923

Vakgebied(en)

Natuurbeschermingsrecht / Soortenbescherming

Brondocumenten

ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1923, Uitspraak, Rechtbank Utrecht, 06-09-2012

Wetingang

(Art. 2.27 Wabo; art. 75b lid 1 Ffw)

Essentie

Ten onrechte geen verklaring van geen bedenkingen op grond van de Flora- en faunawet aangevraagd voor omgevingsvergunning.

Samenvatting

Indien sprake is van een onlosmakelijke samenhang als hiervoor bedoeld is ‘aanhaken’ slechts dan niet aan de orde indien evident is dat geen ontheffing of verklaring van geen bedenkingen op grond van de Ffw is vereist. In alle andere gevallen moet het ter zake bevoegde en deskundige orgaan, de Minister van EL&I, in staat worden gesteld zich uit te laten over de vraag of een Ffw-toestemming is vereist en, zo ja, te beoordelen of die toestemming kan worden afgegeven in de vorm van een verklaring van geen bedenkingen. (...) De betekenis van eventuele mitigerende en/of compenserende maatregelen komt aan de orde bij de vraag of de benodigde Ffw-toestemming voor verlening in aanmerking komt. Het al dan niet verlenen van die toestemming is niet aan verweerder, maar aan de Minister van EL&I. Uit het vorenstaande volgt dat in het kader van deze procedure geen betekenis toekomt aan de stelling van verweerder dat op voorhand niet aannemelijk is dat de Ffw aan realisering van het project in de weg staat. Dat criterium wordt gehanteerd in de bestemmingsplanprocedure en in Wro-procedures waarbij toestemming wordt verleend om ten behoeve van een project af te wijken van de bestemmingsplanvoorschriften. Onder de vigeur van de Wabo is in het geval van ‘aanhaken’ het oordeel of de Ffw aan realisering van het project in de weg staat echter niet aan verweerder, maar aan de Minister van EL&I.

Partij(en)

Uitspraak van de meervoudige kamer van 6 september 2012 in de zaak tussen

Stichting Behoud De Eemvallei, gevestigd te Baarn,

eiseres,

en

het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort, verweerder.

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen:

[bedrijf] B.V., gevestigd te Amersfoort, vertegenwoordigd door [derde partij], vergunninghouder.

Uitspraak

(...)

Overwegingen

(...)

6.

Indien een aanvraag om een omgevingsvergunning betrekking heeft op handelingen waarvoor een of meer van de bij of krachtens de artikelen 8 tot en met 13, eerste lid, 17 en 18 van de Ffw gestelde verboden gelden en ten aanzien waarvan de minister van ELI op grond van artikel 75, derde lid, bevoegd is ontheffing te verlenen, moet de aanvrager er voor zorgen dat de aanvraag om omgevingsvergunning tevens betrekking heeft op die handelingen. Gelet hierop staat de rechtbank in de eerste plaats voor de beantwoording van de vraag of de aangevraagde activiteiten tevens zijn aan te merken als handelingen als bedoeld in artikel 75b, eerste lid, onder b, van de Ffw. Gezien de aanvraag van vergunninghouder en de aard en omvang van de activiteiten is naar het oordeel van de rechtbank evident dat deze aanvraag ziet op handelingen waarvoor een omgevingsvergunning is vereist als bedoeld in artikel 75b, eerste lid, onder a, van de Ffw.

De rechtbank is van oordeel dat deze handelingen zijn aan te merken als handelingen waarvoor een of meer van de bij of krachtens de artikelen 8 tot en met 13, eerste lid, 17 en 18 van de Ffw gestelde verboden gelden. Daarbij is van belang dat de activiteiten zien op grootschalige aanlegwerkzaamheden, waaronder grondafraving en verplaatsing van een aanzienlijke hoeveelheid grond alsmede het aanleggen van grondwerken ten behoeve van waterlopen. Verder is van belang dat de aanvraag betrekking heeft op het rooien van houtopstanden. Nu de gevraagde vergunning mede ziet op het rooien van houtopstanden, die blijkens de gedingstukken door vleermuizen worden gebruikt als fourageerroute, leidt uitvoering van het project tot handelingen waarvoor het verbod geldt van artikel 10 van de Ffw. Op grond van dit artikel is het verboden dieren, behorende tot beschermde inheemse diersoorten, waaronder de in het projectgebied voorkomende vleermuizen, opzettelijk te verontrusten. De rechtbank acht aannemelijk dat het rooien van de houtopstanden zal (kunnen) leiden tot opzettelijke verontrusting van vleermuizen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat er sprake is van onlosmakelijke samenhang tussen deze omgevingsvergunningplichtige activiteiten en de hiervoor bedoelde handelingen als bedoeld in artikel 75b, eerste lid, Ffw, die in beginsel moet leiden tot 'aanhaken'.

7.

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat voor het project geen ontheffing op grond van de Ffw is vereist, zodat van 'aanhaken' geen sprake kan zijn, dan wel dat op voorhand niet aannemelijk is dat de Ffw aan realisering van het project in de weg staat. In dat kader heeft verweerder verwezen naar de uitgevoerde Quicksan en de stukken die in het kader van de bestemmingsplanprocedure zijn ingebracht, waaronder de uitspraak van de voorzitter van de ABRS van 11 augustus 2011 (*LJN BR5169*), waaruit zou blijken dat de Ffw niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

8.

Dit betoog faalt. Indien sprake is van een onlosmakelijke samenhang als hiervoor bedoeld is 'aanhaken' slechts dan niet aan de orde indien evident is dat geen ontheffing of verklaring van geen bedenkingen op grond van de Ffw is vereist. In alle andere gevallen moet het terzake bevoegde en deskundige orgaan, de minister van ELI, in staat worden gesteld zich uit te laten over de vraag of een Ffw-toestemming is vereist en, zo ja, te beoordelen of die toestemming kan worden afgegeven in de vorm van een verklaring van geen bedenkingen.

De rechtbank is niet gebleken van maatregelen die er op zien dat wordt voorkomen dat de in de Ffw opgenomen verboden, althans het verbod van artikel 10, worden overtreden. Ook overigens is niet gebleken dat evident is dat in dit geval niet een Ffw-toestemming is vereist.

De rechtbank betreft hierbij, zoals ook hiervoor reeds is overwogen, dat het project van een aanzienlijke omvang is en gepaard gaat met grote ingrepen in de natuur, zoals het ontgronden van 74.000 m³ grond en het rooien van aanzienlijke houtopstanden met als gevolg de mogelijke opzettelijke verontrusting van vleermuizen.

De rechtbank wordt in dit oordeel gesteund door de bevindingen zoals die zijn neergelegd in de Quicksan van Ecologisch Adviesbureau Viridis, waaruit onder meer blijkt dat de beoogde ingrepen nadelig kunnen zijn voor de aanvlieg- en fourageerroute van de vleermuizen.

Dat er mogelijk mitigerende en/of compenserende maatregelen worden genomen, zoals de herplant van bomen op grond van het inrichtingsplan, is niet relevant voor de vraag of de benodigde toestemming op grond van de Ffw evident niet is vereist. De betekenis van eventuele mitigerende en/of compenserende maatregelen komt aan de orde bij de vraag of de benodigde Ffw-toestemming voor verlening in aanmerking komt. Het al dan niet verlenen van die toestemming is niet aan verweerder, maar aan de minister van ELI.

Uit het vorenstaande volgt dat in het kader van deze procedure geen betekenis toekomt aan de stelling van verweerder dat op voorhand niet aannemelijk is dat de Ffw aan realisering van het project in de weg staat. Dat criterium wordt gehanteerd in de bestemmingsplanprocedure en in Wro-procedures waarbij toestemming wordt verleend om ten behoeve van een project af te wijken van de bestemmingsplanvoorschriften. Onder de vigeur van de Wabo is in het geval van 'aanhaken' het oordeel of de Ffw aan realisering van het project in de weg staat echter niet aan verweerder, maar aan de minister van ELI. Gelet hierop komt in deze procedure en in dit kader geen betekenis toe aan de uitspraak van de ABRS van 29 augustus 2012, nr. 201101507/1, waarin is geoordeeld dat de Ffw niet aan de uitvoerbaarheid van het (bestemmings)plan in de weg staat.

9.

Uit het voorgaande volgt dat de aanvraag tevens betrekking heeft op activiteiten waarvoor Ffw-toestemming is vereist. Door dit in de aanvraag niet te vermelden, heeft de aanvrager in zoverre gehandeld in strijd met artikel 75c, eerste lid, van de Ffw. Verweerder had moeten onderkennen dat het in dit geval gaat om onlosmakelijk samenhangende activiteiten en een geval van 'aanhaken' en had de aanvrager hierop moeten wijzen, eventueel met toepassing van artikel 4:5 van de Awb. Wat daar ook van zij, uitgaande van genoemde samenhang, en nu de benodigde Ffw-toestemming niet separaat is aangevraagd en verkregen, had verweerder de benodigde toestemming op grond van de Ffw dienen te vragen aan de minister. Bij twijfel omtrent de benodigdheid van de verklaring van geen bedenkingen had het op de weg van verweerder gelegen contact te zoeken met het ministerie. Ook dit heeft verweerder nagelaten.

10.

Nu de omgevingsvergunning betrekking heeft op handelingen als bedoeld in artikel 75b, eerste lid, van de Ffw en de minister niet heeft verklaard daartegen geen bedenkingen te hebben, moet de rechtbank concluderen dat het bestreden besluit is voorbereid en genomen in strijd met het bepaalde in artikel 75d, eerste lid, van de Ffw.

Het beroep is dan ook gegrond en het bestreden besluit dient om die reden te worden vernietigd. De rechtbank is van oordeel dat het geconstateerde gebrek zich in beginsel leent voor herstel. De benodigde verklaring van geen bedenkingen kan immers alsnog worden aangevraagd, waarna zal blijken of deze ook zal worden verleend.

De rechtbank stelt verweerder daarom, ter voorkoming van onnodige vervolgpcedures, in de gelegenheid om met toepassing van artikel 8:51a, eerste lid, van de Awb, het geconstateerde gebrek te herstellen.

Op grond van artikel 8:80a, eerste lid, van de Awb doet de rechtbank een tussenuitspraak als zij artikel 8:51a van de Awb toepast. De rechtbank geeft verweerder een termijn van twee weken, te rekenen vanaf de dag van verzending van deze tussenuitspraak, om de rechtbank te laten weten of hij gebruik wenst te maken van de gelegenheid om het geconstateerde gebrek te (laten) herstellen. Zo ja, dan dient verweerder zich daarna binnen twee weken tot de minister van ELI te wenden met het verzoek om afgifte van een verklaring van geen bedenkingen als hiervoor bedoeld. Binnen vier weken nadat de minister van ELI heeft besloten op het verzoek om afgifte van een verklaring van geen bedenkingen, zal verweerder de rechtbank mededelen wat daarvan het gevolg is voor het bestreden besluit.

11.

Nu genoemde Ffw-toestemming was vereist, had verweerder op grond van artikel 3.10, eerste lid, onder e van de Wabo de beslissing op de aanvraag om omgevingsvergunning dienen voor te bereiden met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb. Verweerder heeft dit miskend. De rechtbank is echter van oordeel dat verweerder bij het vervolg van de procedure geen toepassing hoeft te geven aan afdeling 3.4 van de Awb. Daarbij is van belang dat eiseres en vergunninghouder in de – ten onrechte – gevolgde bezwaarschriftprocedure afdoende gelegenheid hebben gehad hun standpunt kenbaar te maken en in zoverre niet in hun belangen zijn geschaad. Evenmin is aannemelijk dat andere belanghebbenden door het niet volgen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in hun belangen zijn geschaad. Wel zal verweerder eiseres en vergunninghouder in de gelegenheid moeten stellen te reageren op de beslissing van de minister.

12.

De rechtbank ziet aanleiding om in afwachting van de verklaring van geen bedenkingen een voorlopige voorziening te treffen als bedoeld in artikel 8:80b, derde lid, van de Awb. De rechtbank ziet hiertoe aanleiding nu ter zitting is gebleken dat vergunninghouder, in weerwil van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 6 april 2012, waarbij het besluit van verweerder van 13 maart 2012 is geschorst tot zes weken na verzending van de uitspraak in deze zaak, de voorbereidende werkzaamheden in het zuidelijke deel van het projectgebied (ten zuiden van de Male Wetering) na het broedseizoen heeft hervat. Vergunninghouder en verweerder hebben de strekking van die uitspraak miskend; indien bij een beslissing op bezwaar de bij primair besluit verleende vergunning wordt gehandhaafd, en de beslissing op bezwaar wordt geschorst, dan strekt die schorsing zich ook uit tot het primaire besluit.

Ter zitting is de rechtbank gebleken dat in het noordelijke deel van de Male Wetering nog geen werkzaamheden zijn verricht ter uitvoering van het project. Gelet daarop en ter voorkoming van een verdere verstoring van de aanvliegroute van de drie

ter plaatse voorkomende soorten vleermuizen, ziet de rechtbank aanleiding om zowel het besluit op bezwaar van 13 maart 2012 als het primaire besluit van 6 september 2011 te schorsen, doch uitsluitend voor zover daarbij toestemming is verleend bomen en overige houtopstanden te rooien. Tot het treffen van een verdergaande voorziening ziet de rechtbank geen aanleiding; daarbij is van belang dat in de verleende vergunning reeds als voorschrift is opgenomen dat er in de Male Wetering geen werkzaamheden mogen worden verricht, waardoor de kleine modderkruiper geen hinder zal ondervinden. De rechtbank bepaalt dat deze voorlopige voorziening op grond van artikel 8:80, vierde lid, van de Awb vervalt zodra het beroep is ingetrokken of zes weken na de dag waarop de rechtbank uitspraak als bedoeld in artikel 8:66 van de Awb heeft gedaan. Voorts staat het partijen vrij om opheffing van de getroffen voorlopige voorziening te vragen. Daartoe zou aanleiding kunnen bestaan nadat de minister van ELI heeft beslist op het verzoek om de verklaring van geen bedenkingen. (...)

Beslissing

De rechtbank Utrecht,

- stelt verweerder in de gelegenheid om het gebrek in het bestreden besluit te herstellen met inachtneming van de overwegingen in deze tussenuitspraak; of om binnen twee weken na heden aan de rechtbank mee te delen dat van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt;
- schorst bij wijze van voorlopige voorziening het besluit op bezwaar van 13 maart 2012 en het primaire besluit van 6 september 2011, voor zover daarbij vergunning is verleend voor de activiteit kappen in het noordelijk deel van het projectgebied; de schorsing komt te vervallen bij intrekking van het beroep of zes weken na de dag waarop de rechtbank (eind)uitspraak doet op het beroep;
- bepaalt dat verweerder bij het vervolg van de procedure geen toepassing hoeft te geven aan afdeling 3.4 van de Awb;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Auteur: A. Drahmman en F. Onrust^[1]

Noot

1.

Op 6 september 2012 en 7 februari 2013 heeft de Rechtbank Utrecht twee uitspraken gewezen over het ontbreken van een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) bij de verlening van een omgevingsvergunning. De tweede uitspraak (met *LJN* BZ1898) is ook in deze aflevering van *Bouwwrecht* geannoteerd (zie onder *BR* 2013/81). De uitspraken zijn tevens geannoteerd door F.C.S. Warendorf in *M en R* 2013/60 en *M en R* 2013/61. Hierna zal eerst kort de casus van de onderhavige uitspraak worden geschetst. Vervolgens zal ingegaan worden op het wettelijk kader van de Wabo en de Ffw en het belang van deze uitspraak.

2.

Het college van burgemeester en wethouders van Amersfoort (hierna: het college) heeft in 2011 een omgevingsvergunning verleend voor 'de realisatie van een golfbaan, het aanleggen van grondwerk(en) ten behoeve van waterlopen, natuurontwikkeling en reliëf, het aanbrengen van beplanting, het rooien van vier houtopstanden, het verplanten van vier eiken, het plaatsen van een hekwerk met ballenvanger en het plaatsen van een voetgangers- en onderhoudsbrug'. De omgevingsvergunning is verleend voor de volgende activiteiten: bouwen, aanleggen en kappen (art. 2.1 lid 1 aanhef en onder a en b en art. 2.2 lid 1 aanhef en onder g Wabo). De stichting Stichting Behoud De Eemvallei (hierna: de stichting) heeft hiertegen bezwaar en vervolgens beroep ingesteld.

3.

Op grond van art. 2.27 Wabo in samenhang met art. 75b Ffw is een vvgb van de Minister van EZ vereist voordat een omgevingsvergunning kan worden verleend voor handelingen waarvoor een omgevingsvergunning is vereist en waarvoor een of meer van de verboden van de Ffw gelden en de minister bevoegd is ontheffing te verlenen. Dit wordt ook wel het 'aanhaken' van de Ffw bij de Wabo genoemd. Op grond van art. 75c Ffw draagt de aanvrager van een omgevingsvergunning er zorg voor dat de aanvraag tevens betrekking heeft op de Ffw-aspecten. De minister toetst bij de vvgb aan de zelfde criteria die gelden voor Ffw-ontheffingsverlening (art. 75d jo. art. 75 Ffw). Voor de strikt beschermde diersoorten (Bijlage IV Habitatrichtlijnsoorten) en vogels zijn deze criteria: 1. er mag geen afbreuk worden gedaan aan de

gunstige staat van instandhouding van de soort; 2. er is geen andere bevredigende oplossing (alternatieventoets); en 3. er is sprake van een ontheffingsgrond die voortvloeit uit de Vogel- of Habitatrichtlijn. In deze noot gaan wij verder niet in op deze criteria. Meer informatie daarover is te lezen in ons artikel 'Flora- en faunawet: nieuwe donkere wolken boven Nederland?' (BR 2013/1). Uitgangspunt van het aanhaaksysteem is dat het mogelijk is om eerst een Ffw-ontheffing aan te vragen en daarna de omgevingsvergunning. Als er echter niet eerst een Ffw-ontheffing wordt aangevraagd dan moet de Ffw-toestemming aanhaken bij de omgevingsvergunning.

4.

De stichting betoogt in beroep dat de Ffw ten onrechte niet is 'aangehaakt' bij de omgevingsvergunning. De rechtbank toetst daarom eerst of de handelingen waarvoor de omgevingsvergunning is aangevraagd zijn aan te merken als handelingen waarvoor één of meer van de Ffw-verboden gelden. Dit is volgens de rechtbank het geval, onder andere omdat de omgevingsvergunning mede ziet op het rooien van houtopstanden die door vleermuizen worden gebruikt als fourageerroute. De rechtbank acht aannemelijk dat het rooien van de houtopstanden zal (kunnen) leiden tot opzettelijke verontrusting van vleermuizen en dit is in strijd met art. 10 Ffw.

Het college betoogde voorts dat 'op voorhand niet aannemelijk is dat de Ffw aan realisering van het project in de weg staat'. Deze overweging is standaardjurisprudentie van de Afdeling bij de toetsing van de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan. De rechtbank oordeelt volgens ons terecht dat deze terughoudende uitvoerbaarheidstoets niet toegepast kan worden bij de verlening van een omgevingsvergunning, omdat deze vergunning in beginsel in de plaats komt van de Ffw-ontheffing.

Interessanter is het betoog van het college dat geen Ffw-ontheffing is vereist, zodat 'aanhaken' ook niet nodig is. De rechtbank oordeelt dat, indien sprake is van een onlosmakelijke samenhang, 'aanhaken' slechts dan niet aan de orde is indien evident is dat geen ontheffing of vvgb is vereist. In alle andere gevallen moet de minister (als het bevoegde en deskundige orgaan) in staat worden gesteld zich uit te laten over de vraag of een vvgb kan en moet worden verleend. Volgens de rechtbank is van de vereiste evidentie in dit geval geen sprake. De rechtbank overweegt daarbij onder meer dat de betekenis van eventuele mitigerende en/of compenserende maatregelen aan de orde komt bij de toetsing door de minister. De rechtbank concludeert dat door in de aanvraag de Ffw-toestemming niet aan te laten haken de aanvrager in strijd heeft gehandeld met art. 75c Ffw. Daarom was sprake van een onvolledige aanvraag waarop art. 4:5 Awb had kunnen worden toegepast en in ieder geval het college een vvgb had moeten aanvragen.

5.

In hoofdlijnen kunnen wij ons vinden in de overwegingen van de rechtbank. Wij willen hier echter wel één kanttekening bij plaatsen. De criteria waaraan moet worden voldaan voordat een Ffw-ontheffing kan worden verleend, zijn streng, zeker als sprake is van Vogel- of Habitatrichtlijnsoorten. De minister vond de criteria dusdanig streng dat de minister sinds 2009 een aangepaste beoordeling voor Ffw-ontheffingsaanvragen hanteert. In essentie komt deze beoordeling erop neer dat géén Ffw-ontheffing nodig is als geen verbodsbepaling wordt overtreden en er geen verbod wordt overtreden als *mitigerende* maatregelen kunnen worden getroffen. Uit jurisprudentie van de Afdeling (o.a. ABRvS 11 juli 2012, BR 2012/158, m.nt. H.E. Woldendorp (Purmerend); ABRvS 3 oktober 2012, LJN BX8989 en ABRvS 7 november 2012, LJN BY2464) volgt dat *compenserende* maatregelen niet kunnen worden gebruikt om onder de Ffw-ontheffingsplicht uit te komen. Indien de uitvoerder van een project twijfelt of een Ffw-ontheffing nodig is, kan deze een zogenaamde 'positieve afwijzing' aanvragen. In dat geval wordt een Ffw-ontheffing aangevraagd, maar wordt deze afgewezen omdat volgens de minister geen ontheffing vereist is (vaak onder de voorwaarde dat bepaalde mitigerende maatregelen worden getroffen). Een dergelijke positieve afwijzing is vaak gewenst omdat daarmee 'zwart-op-wit' het oordeel van de minister staat. Bovendien kunnen tegen deze afwijzing rechtsmiddelen worden aangewend, hetgeen bijdraagt aan de rechtszekerheid voor zowel de aanvrager als derden (o.a. ABRvS 15 februari 2012, BR 2012/73, m.nt. H.E. Woldendorp). Volgens ons bestaat er echter geen plicht om een dergelijke 'positieve afwijzing' aan te vragen. In deze uitspraak oordeelt de rechtbank daarentegen dat een vvgb moet worden aangevraagd als niet 'evident' is dat géén Ffw-ontheffing nodig is.

Compenserende én mitigerende maatregelen mogen bij de beoordeling van die evidentie niet worden betrokken. Hiermee hanteert de rechtbank dus een strengere toets dan dat de minister zelf hanteert. Dit zou gerechtvaardigd kunnen zijn als anders de rol van de minister als deskundig bevoegd gezag zou worden uitgehold. Dit argument is echter niet overtuigend, omdat de minister bij het ontbreken van een vvgb bevoegd blijft om handhavend op te treden wegens overtreding van de Ffw, zoals ook blijkt uit de hierna gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Utrecht (BR 2013/81). De onderhavige uitspraak van de rechtbank heeft tot gevolg dat de aanvrager van een omgevingsvergunning verplicht wordt om het college te vragen een 'positief geweigerde vvgb' bij de minister aan te vragen. Waar tot op heden een projectuitvoerder er bewust voor kon kiezen om geen Ffw-ontheffing aan te vragen omdat volgens hem geen ontheffingsplicht bestaat, loopt deze uitvoerder blijkens deze uitspraken van de rechtbank het risico dat het bevoegd gezag zich genoodzaakt ziet alsnog een vvgb aan te vragen om zo een positieve weigering van de vvgb te verkrijgen.

Terzijde merken we op dat het onderscheid tussen mitigerende en compenserende maatregelen voor deze procedure waarschijnlijk geen verschil maakt. Als voorbeeld van 'mogelijk mitigerende en/of compenserende maatregelen' wordt in

de uitspraak de herplant van bomen genoemd. Als de herplant pas na de aanleg van de golfbaan plaatsvindt, is waarschijnlijk sprake van een compenserende maatregel, zo lijkt uit recente jurisprudentie te volgen. Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat het 'weghalen van de jaarrond beschermde nesten en het vervolgens creëren van nieuw leefgebied' geen maatregelen zijn die erop zijn gericht overtreding van de in de Ffw neergelegde verboden te voorkómen (ABRvS 3 oktober 2012, *LJN* BX8989). Het kappen van bomen en vervolgens elders herplanten lijkt dan ook evenmin een mitigerende maatregel. Dit zou tot gevolg hebben dat deze maatregel niet kan worden betrokken bij de vraag of (g)een verbodsbepaling wordt overtreden en dus eerder een Ffw-ontheffing (of vvgb) nodig zal zijn. Dit zou mogelijk anders zijn als met de aanleg van de golfbaan zou worden gewacht totdat de herplant is voltooid en het nieuwe foerageergebied of -route is gerealiseerd (ABRvS 7 november 2012, *LJN* BY2464).

6.

De rechtbank oordeelt dat sprake is van een (in beginsel) herstelbaar gebrek. Daarom wijst de rechtbank een tussenuitspraak. Dit is interessant omdat voor het herstel van het gebrek de medewerking van twee bestuursorganen (het college als omgevingsvergunningverlener en de minister als vvgb-verlener) nodig is. De rechtbank oordeelt dat het college zich (als het gebruik wil maken van deze herstelmogelijkheid) binnen twee weken tot de minister moet wenden met het verzoek om afgifte van een vvgb. Binnen vier weken nadat de minister heeft besloten op het verzoek, zal het college de rechtbank moeten meedelen wat daarvan het gevolg is voor het bestreden besluit. In dit verband wijzen wij op art. 2.27 lid 2 Wabo dat bepaalt dat art. 10:28 Awb (als enige artikel uit titel 10.2.1 over goedkeuring) van toepassing is op de vvgb. Dit artikel bepaalt dat aan een besluit waarover een rechter uitspraak heeft gedaan (in dit geval de omgevingsvergunning) geen goedkeuring kan worden onthouden (of in dit geval de vvgb kan worden geweigerd) op rechtsgronden die in strijd zouden zijn met die waarop de uitspraak (mede) steunt. Ook de minister zal dus bij het verzoek om afgifte van de vvgb de uitspraak van de rechtbank in acht moeten nemen.

Daar komt nog bij dat als een vvgb is vereist, de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is (art. 3.10 Wabo). De rechtbank oordeelt dat het college bij het vervolg van de procedure geen toepassing hoeft te geven aan afd. 3.4 Awb, omdat de stichting en vergunninghouder in de (ten onrechte gevolgde) bezwaarschriftprocedure al hun standpunt kenbaar hebben gemaakt en niet aannemelijk is dat andere belanghebbenden in hun belangen zijn geschaad. Het college zal de stichting en vergunninghouder wel in de gelegenheid moeten stellen te reageren op de beslissing van de minister. Ter voorkoming van een (verdere) verstoring van de aanliegroute van de vleermuizen, schorst de rechtbank (als voorlopige voorziening) zowel het besluit op bezwaar als het primaire besluit, maar uitsluitend voor zover daarbij toestemming is verleend om bomen en overige houtopstanden te rooien, tot zes weken nadat einduitspraak door de rechtbank is gedaan. Aardig in dit verband is dat de rechtbank overweegt dat naar aanleiding van een eerdere voorlopige voorziening de rechtbank uitsluitend de beslissing op bezwaar had geschorst. Vergunninghouder is vervolgens doorgegaan met de voorbereidende werkzaamheden omdat het primaire besluit (de omgevingsvergunning) niet was geschorst. Volgens de rechtbank was dit niet mogelijk. De vergunninghouder en verweerder zouden de strekking van die schorsingsuitspraak hebben miskend, omdat als bij een beslissing op bezwaar de bij primair besluit verleende vergunning wordt gehandhaafd, en de beslissing op bezwaar wordt geschorst, de schorsing zich, volgens de rechtbank, ook zou uitstrekken tot het primaire besluit. Wij vragen ons af of dit oordeel juist is. Natuurlijk kan eenieder zich indenken dat de bedoeling van de rechtbank en de stichting een andere was, maar dan had de stichting naar onze mening ook moeten verzoeken om schorsing van het primaire besluit. Als een beslissing op bezwaar geschorst of vernietigd wordt dan herleeft immers het primaire besluit. Schorsing van beide besluiten is daarom nodig (vgl. ook Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2005, *LJN* AU4085 en Rb. Maastricht (vzr.) 8 november 2006, *LJN* AZ1697). Als de stichting niet om schorsing van het primaire besluit heeft gevraagd met als gevolg dat uitsluitend de beslissing op bezwaar wordt geschorst dan hoort dit volgens ons voor risico van de stichting te komen en niet voor risico van de vergunninghouder.

7.

Resumerend kan gesteld worden dat de Rechtbank Utrecht oordeelt dat bij de aanvraag om een omgevingsvergunning het college altijd een vvgb zal moeten aanvragen bij de minister, tenzij 'evident' is dat geen Ffw-ontheffing of vvgb is vereist. Bij de beoordeling van die evidentie mag het college geen betekenis hechten aan eventuele mitigerende of compenserende maatregelen. Wij hebben gewezen op het onderscheid dat gemaakt moet worden tussen mitigerende en compenserende maatregelen: slechts mitigerende maatregelen kunnen worden betrokken bij de vraag of overtreding van een verbodsbepaling kan worden voorkomen en géén Ffw-ontheffing vereist is. De evidentietoets die de rechtbank hanteert is strenger dan de toets die de minister zelf hanteert. Een projectuitvoerder kan een 'positieve afwijzing' aanvragen, maar is hiertoe niet verplicht. De uitspraak van de rechtbank heeft tot gevolg dat de aanvrager van een omgevingsvergunning verplicht wordt om het college te vragen een 'positief geweigerde vvgb' bij de minister aan te vragen. Dit lijkt ons echter niet de bedoeling van het stelsel van de Wabo en Ffw. Een uitspraak van de Afdeling zal hierover uitsluitsel moeten geven.

[1.]

Mr. Annemarie Drahmann is werkzaam bij Stibbe als senior Professional Support Lawyer en is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Mr. drs. Fleur Onrust is werkzaam als advocaat bij Stibbe.